

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/133037>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-05 and may be subject to change.

Tekst & Uitleg

D. 20,1,31,pr. en 1 Scaevola libro primo responsorum

Bezwaart de erfpachter die een zekerheidsrecht vestigt zijn recht of de zaak?

Lex vectigali fundo dicta erat, ut, si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat: postea is fundus a possessore pignori datus est: quaesitum est, an recte pignori datus est. respondit, si pecunia intercessit, pignus esse.

1. Item quaesit, si, cum in exsolutione vectigalis tam debitor quam creditor cessassent et propterea pronuntiatum esset fundum secundum legem domini esse, cuius potior causa esset. Respondit, si ut proponeretur vectigali non soluto iure suo dominus usus esset, etiam pignoris ius evanuisse.

Bij de verpachting van een perceel cijnsplichtige overheidsgrond was het beding gemaakt dat dit perceel, als de canon na een bepaalde tijd niet betaald zou zijn, aan de eigenaar zou terugvallen. Vervolgens is dit perceel door de bezitter in pand gegeven. De vraag is opgeworpen of het rechtsgeldig in pand gegeven is. Scaevola heeft geantwoord dat er, als het geld betaald is, een pandrecht is.

Verder stelde Scaevola de vraag wiens positie sterker zou zijn, ingeval zowel de schuldenaar als de schuldeiser de canon niet hadden betaald en daarom in een tussenvonniss was komen vast te staan dat volgens de overeenkomst het perceel aan de eigenaar toekwam. Het advies luidde dat als overeenkomstig de voorgelegde feiten de eigenaar na niet-betaling van het jaarlijkse bedrag zijn eigen recht had uitgeoefend, ook het pandrecht verdwenen

1 Inleiding

Quintus Cervidius Scaevola was keizerlijk adviseur (van filosoof-keizer Marcus Aurelius), leraar (van Papinianus) en de schrijver van enkele invloedrijke juridische geschriften (de *Digesta* en de *Responsa*).¹ Hierboven staat een van zijn adviezen uit de *Responsa* in twee gedeelten afgedrukt. In het eerste deel van de tekst staat de vraag centraal of erfpachter B², aan wie de staat een stuk overheidsgrond in erfpacht heeft gegeven (ik spreek in het vervolg eenvoudigweg van eigenaar A), een zekerheidsrecht kan vestigen ten behoeve van C. Scaevola beantwoordt deze vraag bevestigend. Er zal onduidelijkheid hebben bestaan over het

-
- 1 Zie over Quintus Cervidius Scaevola en zijn (omstreden) auteurschap van de *Responsa* en de *Digesta* W.J. Zwolve, 'In RE IULIUS AGRIPPA' S ESTATE. Q. Cervidius Scaevola, Iulia Domna and the estate of Iulius Agrippa' in: L. de Blois (red.), *Administration Prosopography and Appointment Policies in the Roman Empire* Vol. I Amsterdam 2001, p. 154-166. Vgl. verder W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz-Wenen-Keulen 1967, p. 217 e.v. Vgl. recent over deze tekst C. Baldus, 'Iua in iuribus alienis? Zu D. 20,1,31 (Scaevola 1 resp.)' in J. Hallebeek (e.a. red.) *Inter cives necnon peregrinos* (essays in honour of Boudewijn Sirks), Göttingen 2014, p. 61-75.
- 2 Met possessore is hier bedoeld op de erfpachter, zo bijvoorbeeld de Glosse op possessore.

antwoord op de vraag of een erfpachter een zekerheidsrecht kon vestigen. Erfpacht was immers in de loop van de tijd uitgegroeid van een duurovereenkomst tot een positie die de praetor beschermde met een actie die gericht was op de zaak die de erfpachter mocht gebruiken.³ Die zakelijke actie was, zo blijkt uit enige andere Digestenteksten, de reden geweest dat de erfpachter en ook de opstaller een zekerheidsrecht konden vestigen.⁴

Er is volgens Scaevola een pandrecht 'als het geld is betaald'. Doelt hij daarmee op de betaling van de canon, of op de uitbetaling van een door de zekerheidsnemer op een eerder tijdstip beloofd geldbedrag?⁵ Het feit dat sprake is van de betaling van geld (*pecunia*) en niet van canon (*vectigal*) wijst op het tweede. De tegenstelling met het tweede gedeelte van de tekst waarin de canon niet is betaald, wijst op het eerste. De tekst luidt dan in iets vrijere vertaling: zolang als de canon betaald is, is er een pandrecht. De tekst is dan niet erg zorgvuldig nu de betaling van de canon niet beslissend is voor het ontstaan en voortbestaan van het pandrecht, maar de tijdige betaling van de canon. De kwestie is voor het hier betoogde niet doorslaggevend, ik laat haar daarom rusten.

In het tweede gedeelte van het *responsum* van Scaevola staat de beëindiging van de erfpacht wegens niet-betaling van de canon (*vectigal*) centraal. Eigenaar A en erfpachter B hebben afgesproken dat de erfpacht bij niet-betaling van de canon gedurende een zekere tijd automatisch vervalt, zodat de grond terugkeert bij de eigenaar. Betaling van de canon blijft uit. Noch de debiteur (dat is erfpachter B) noch de crediteur (dat is zekerheidsgerechtigde C) hebben de canon betaald. Eigenaar A is daarom een proces begonnen dat geleid heeft tot een tussenvonnis waarin is komen vast te staan dat het land conform de erfpachtovereenkomst weer onbezwaard toekomt aan de eigenaar.⁶ Wie heeft nu de sterkste positie, *cuius causa potior esset*, C of A? Scaevola legt uit dat de eigenaar-erfverpachter de grond met het volste recht heeft opgeëist en dat ook het pandrecht teniet is gegaan. Eigenaar A heeft dus de sterkere positie. Paulus komt in D. 20,4,15 tot dezelfde uitkomst voor het geval waarin een

3 Zie bijvoorbeeld J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden 1945, p. 163 e.v. M. Kaser, *Das römische Privatrecht I*, München 1971, p. 455. Zie in verband met deze tekst Baldus, *Iura in iuribus alienis*, bij de noten 40 en 41.

4 D. 13,7,16,2. Zie ook D. 20,1,13,3 en D. 43,18,1,6. De *actiones* die de praetor de erfpachter en ook de opstaller ter beschikking stelde, impliceerden dat zij een zekerheidsgerechtigde de mogelijkheid konden bieden een recht te executeren. De tekst illustreert het actiënrechtelijke Romeinse denken. Relevant is niet of de opstaller en erfpachter over een zakelijk recht beschikken, maar of zij over een zakelijke actie beschikken. Deze denkwijze is als het ware omgekeerd aan de moderne continentaal-Europese waarin iemand die over een zakelijk (of zo men wil goederenrechtelijk) recht beschikt daarom ook beschikt over een zakelijke (goederenrechtelijke) actie. Vgl. hierover W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese Privaatrecht, Inleiding en zakenrecht*, 3^e druk Den Haag 2006, p. 76 e.v.

5 Wanneer partijen een zekerheidsrecht vestigden voor een toekomstige schuld waarvan het ontstaan afhankelijk was van de wil van de zekerheidsgever, nam het zekerheidsrecht rang naar het tijdstip dat de schuld ontstond. Van zo'n geval is sprake als iemand belooft een ander geld te lenen, de verbruikleenovereenkomst was reëel en kwam tot stand als de beoogd-lener het geld aannam van de zekerheidsnemer. Pas als de zekerheidsnemer het beloofde geld aan de zekerheidsgever afstond, was het zeker dat de zekerheidsgever een schuld had bij de zekerheidsnemer: dat tijdstip bepaalde daarom de rang van het tevoren gevestigde zekerheidsrecht. Vgl. J.C. Out, *Vomen van accessoriëteit*, Nijmegen 2005, p. 63 e.v. en p. 83.

6 Ik wijk hiermee iets af van de vertaling van Spruit c.s. die spreekt van een aanzegging. Ik geef *pronuntiatio* liever de procesrechtelijke betekenis van tussenvonnis. Het woord heeft die betekenis wanneer de eiser een *actio arbitraria* instelde. Bij zo'n actie bestond de mogelijkheid aan een veroordelend vonnis te ontkomen door de zaak op grond van een tussenvonnis (*pronuntiatio*) af te geven aan de eiser. Zie M. Kaser, K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, p. 338 noot 22. A zal bijvoorbeeld de revindicatie hebben ingesteld. Vgl. Baldus, *Iura in iuribus alienis*, bij noot 33 en 34.

opstaller een zekerheidsrecht heeft gevestigd. Bij niet-betaling van de retributie (*solarium*) heeft de eigenaar volgens Paulus een sterker recht dan de crediteur. Marcianus wijst voor dezelfde regel in D. 13,7,17 naar een rescript van de keizers Septimius Severus en Antoninus Caracalla.

Het is op het eerste gezicht opmerkelijk dat deze drie teksten gaan over de levensduur van een door een beperkt gerechtigde gevestigd zekerheidsrecht. Het ligt voor de hand dat de erfpachter en de opstaller geen afbreuk kunnen doen aan de goederenrechtelijke positie van de eigenaar door een zekerheidsrecht te vestigen. Precies om dat te voorkomen moet het door de erfpachter en de opstaller gevestigde zekerheidsrecht tenietgaan als het erfpachtrecht of het opstalrecht tenietgaat als gevolg van niet-betaling van de canon of de retributie. Wanneer het zekerheidsrecht in dergelijke gevallen het erfpachtrecht en het opstalrecht wél zou overleven, zouden de erfpachter en de opstaller de goederenrechtelijke positie van de eigenaar hebben verzwakt. De zekerheidsgerechtigde zou dan het niet langer met erfpacht bezwaarde perceel in een met erfpacht bezwaard perceel kunnen veranderen door tot executie over te gaan na wanprestatie van de zekerheidsgever. Zo zou het tenietgegane erfpachtrecht als het ware aan een tweede leven beginnen. De drie teksten doen vermoeden dat er in het voor-Justiniaanse recht onduidelijkheid bestond over deze kwestie; dat wel verdedigd was dat het door een erfpachter of opstaller gevestigde zekerheidsrecht niet afhankelijk was van het voortbestaan van het erfpachtrecht of het opstalrecht en dat de erfpachter en de opstaller dus afbreuk konden doen aan de goederenrechtelijke positie van de eigenaar. Scaevola, Marcianus en Paulus wijzen die opvatting af als onjuist: het eigendomsrecht is sterker dan het door de opstaller gevestigde zekerheidsrecht (*prior causa sit domini soli*).⁷ Waarom zou ook het tegendeel zijn beweed?

2 Een pandektistische exercitie

De pandektisten zoeken de verklaring daarvoor in wat ik de structuur van het Romeinse zakenrecht zou willen noemen. Daarmee bedoel ik de wijze waarop men zich zakelijke rechten voorstelt. De pandektisten waren er zoals bekend dol op dit type leerstellige kwesties te behandelen. Zij waren op dit punt in twee kampen verdeeld. Ik geef hun standpunten kort weer. Het uitgangspunt daarbij is het geval waarin een beperkt genotsgerechtigde, een erfpachter bijvoorbeeld, een zekerheidsrecht vestigt. Veel pandektisten namen aan dat de erfpachter die een zekerheidsrecht vestigt, beschikt over zijn erfpachtrecht. De erfpachter vestigt dan een zekerheidsrecht op zijn erfpachtrecht. Het zekerheidsrecht is een afgeleide van

7 In de tekst waarin Marcianus naar een rescript verwijst van Severus en Caracalla over deze materie staat dat de vestiging van het zekerheidsrecht '*sine deminutione mercedis soli*' is. Spruit c.s. vertalen met 'geen vermindering van de grondrente'. Voor alle duidelijkheid: daarmee is niet bedoeld op het oude zakelijke recht van grondrente, maar op de opbrengst van de grond die erfpacht en opstal de eigenaar opleveren. In de tekst direct voorafgaand aan die van Marcianus legt Paulus immers uit dat degene die een cijsplichtig stuk grond in gebruik heeft net als een opstaller zekerheidsrechten kan vestigen. Het rescript maakt duidelijk dat het vestigen van zo'n zekerheidsrecht niet afdoet aan de afspraken omtrent betaling door de erfpachter en de opstaller. Daarmee is bedoeld dat als de erfpachter of opstaller de canon of de retributie niet betalen, de erfpacht en de opstal vervallen en daarmee het zekerheidsrecht. Accursius verwijst in zijn glosse op *mercedis* naar D. 20,4,15 waar de verhouding centraal staat tussen de eigenaar en degene die een zekerheidsrecht verkreeg van de opstaller. Ik gebruikte een door Contius, Cuiacius en Godefroy geglosseerde versie van de Accursische glosse, gedrukt in Lyon in 1589.

het erfpachtrecht. Dat het zekerheidsrecht teniet gaat als het erfpachtrecht teniet gaat, is logisch: het zekerheidsrecht rust immers op het beperkte recht van degene die het vestigde.⁸ In de moderne Nederlandse literatuur (waarover hieronder meer) spreekt men van de stapelingsleer.

De drie hierboven genoemde teksten zijn in de stapelingsleer lastig te verklaren. Als het door een erfpachter gevestigde zekerheidsrecht op het erfpachtrecht rust, gaat het uiteraard teniet als de erfpacht teniet gaat. Het heeft dan immers geen voorwerp meer waarop het rust. De hierboven genoemde teksten die deze vraag bespreken, lijken dan een open deur. De drie besproken teksten zijn gemakkelijker te verklaren wanneer men zich zakelijke rechten anders voorstelt. Men zou het door de erfpachter gevestigde zekerheidsrecht ook kunnen beschouwen als een beschikking over de zaak die hij als erfpachter mag gebruiken. Het zekerheidsrecht rust in die opvatting naast het erfpachtrecht en het eigendomsrecht op de grond. De verhoudingen tussen de eigenaar, erfpachter en zekerheidsgerechtigde zijn dan lastiger te bepalen. Waarom zou bijvoorbeeld het zekerheidsrecht niet kunnen voortbestaan als de erfpacht teniet gaat omdat de erfpachter de canon niet op tijd betaalt? Het zekerheidsrecht rust immers niet op het tenietgaande erfpachtrecht, maar op de grond. Zolang de grond bestaat, zou het zekerheidsrecht kunnen voortbestaan. Dernburg en Scheurl zoeken hierin de verklaring voor de teksten van Scaevola, Paulus en Marcianus.⁹ Het door de erfpachter gevestigde zekerheidsrecht rust weliswaar naast de eigendom en de erfpacht op de grond, het kan tegelijkertijd echter geen afbreuk doen aan de goederenrechtelijke positie van de eigenaar. De commissie die de Digesten samenstelde, schaarde zich door de hier besproken teksten op te nemen volgens Dernburg en Scheurl aan de zijde van Scaevola, Paulus en Marcianus. Zij stelde zich zakelijke rechten voor als rechten die rustten op een zaak, en niet als rechten die rustten op een recht. Deze opvatting staat in de moderne Nederlandse literatuur wel bekend als de leer van het gedifferentieerd toebehoren. Verschillende pandektisten huldigden deze opvatting.¹⁰ Juist de hier besproken Digestenteksten maken aannemelijk dat zij in het Justiniaanse Romeinse recht gold.

-
- 8 In deze zin bijvoorbeeld: R. Sohm, *Die Lehre vom subpignus*, Rostock 1864, p. 33-42; K.L. Arndts, 'Zur Lehre von der Emphytheuse' in: *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß (Linde's Zeitschrift)* Bd 3 1847, p. 245-286, p. 285; F.C. Gesterding, *Die Lehre vom Pfandrecht nach Grundsätzen des römischen Rechts*, Greifswald 1861, p. 68-69; K.G. von Wächter, *Das Superficiar oder Platzrecht* 2^e druk (in: *Sammlung von Abhandlungen Mitglieder der Juristenfakultät zu Leipzig*, Bd I, Leipzig 1861), p. 39. W.J. Zwolve, *Hoofdstukken*, p. 90 geeft dezelfde verklaring voor het tenietgaan van het zekerheidsrecht in D. 20,1,31.
- 9 H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts dargestellt* Bd I, Leipzig 1860, p. 218 e.v. C.G.A. von Scheurl is, zo blijkt uit zijn recensie van Dernburgs boek, op dit punt overtuigd door de hier besproken Digestenteksten, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* Bd 2 1860, p. 416-456, p. 445.
- 10 In deze zin bijvoorbeeld nog K. Büchel, *Ueber jura in re und deren Verpfändung*, Leipzig-Marburg 1834, p. 122 e.v.; A. Exner, *Kritik des Pfandbegriffes nach römischem Recht*, Leipzig 1873, p. 75; E.I. Bekker neemt een tussenstandpunt in. Volgens hem is het door een opstaller of erfpachter gevestigde zekerheidsrecht geschapen uit het stof van het erfpachtrecht of het opstalrecht, maar heeft de zekerheidsgerechtigde wel degelijk een direct op de grond rustend recht. Zie zijn 'Zur Lehre vom Afterpfand', in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* Bd 6 München 1864, p. 473-489, p. 481-482. Windscheid neemt een soortgelijk tussenstandpunt in: het zekerheidsrecht rust op het recht van degene die het vestigde en daardoor ook op de zaak. *Lehrbuch der Pandekten* Bd I 9^e druk bew. T. Kipp, Frankfurt 1906, herdruk Aalen 1963, §227 noot 3. Hij wijst er nog op dat men kan aannemen dat het zekerheidsrecht op de zaak rust als men aanneemt dat de zekerheidsgerechtigde bij wanprestatie niet het recht van de zekerheidsgever executeert, maar een nieuw recht dat identiek is aan dat van de zekerheidsgever.

Zij past bovendien in de ontwikkeling die erfpacht en opstal hadden doorgemaakt. Erfpacht en opstal waren steeds meer op eigendom gaan lijken. Erfpacht en opstal waren net als eigendom overdraagbaar en de bevoegdheden van de erfpachter en de opstaller waren bijna net zo ruim als die van de eigenaar. Net als de eigenaar konden de erfpachter en de opstaller een zakelijke rechtsvordering instellen. De erfpachter en de opstaller konden verder evenals de eigenaar erfdienstbaarheden vestigen.¹¹ Deze gelijkenissen maken het aannemelijk dat wat betreft de constructie van een door een erfpachter of een opstaller gevestigd beperkt recht in het Justiniaanse recht hetzelfde zou gelden als voor een door een eigenaar gevestigd beperkt recht. De eigenaar bezwaart zijn erf met erfdienstbaarheden en zekerheidsrechten,¹² de erfpachter en de opstaller doen hetzelfde.¹³

Deze zienswijze komt ten slotte overeen met de teksten waarin een beperkt genotsgerechtigde een zekerheidsrecht vestigt. Daarin is telkens sprake van de bezwaring van de grond en in geen geval van de bezwaring van het erfpachtrecht of het opstalrecht.¹⁴ Windscheid brengt daartegen in dat men dan evengoed kan aannemen dat de opstaller en de erfpachter de zaak in eigendom kunnen overdragen aan een derde.¹⁵ De zaak vereenzelvigt men immers doorgaans met het eigendomsrecht op die zaak. Dat de erfpachter de eigendom niet kan overdragen, is voor iedereen duidelijk. Men dient daarom geen al te verstrekkende gevolgtrekkingen te verbinden aan het wat simpele taalgebruik in de Digesten. Ik ben daar niet zo zeker van. Er is wel degelijk een verklaring mogelijk voor het gegeven dat de erfpachter de zaak bezwaart. Die verklaring ligt in de procesrechtelijke ontwikkeling van het Romeinse zakenrecht. Centraal in die ontwikkeling staat de rechtsvordering van de eigenaar, de *rei vindicatio*. Daarop zijn andere uit het *ius civile* stammende *actiones in rem* gebaseerd,¹⁶ en daarop zijn eveneens uit het *ius praetorium* stammende acties gebaseerd, zoals de actie die de praetor aan de erfpachter gaf,¹⁷ de actie hij aan de opstaller gaf,¹⁸ de *actio Publiciana* die degene kon

11 D. 43,18,1,9.

12 Dit blijkt bijvoorbeeld uit het gegeven dat eigendomsverkrijging door verkrijgende verjaring (*usucapio*) de erfdienstbaarheden en de zekerheidsrechten die recht geven op het verkregen erf onverlet laat, zie bijvoorbeeld D. 8,6,12 (erfdienstbaarheden) en D. 20,1,2, D. 41,3,44,5, D. 41,4,12 en D. 41,5,2 (zekerheidsrechten).

13 Anders Sohm, *Subpignus*, p. 35-36. Volgens Sohm rusten door de erfpachter en de opstaller gevestigde erfdienstbaarheden wel op de zaak, maar rusten door hen gevestigde zekerheidsrechten op het recht van de erfpachter en de opstaller. Ook Baldus wijst op de gelijkenissen tussen de bevoegdheden van de erfpachter en die van de eigenaar, *iura in iuribus alienis*, nr 15. Het gaat hem daarbij te ver uit het hier besproken fragment en het ook door hem genoemde Paulusfragment D. 13,7,16,2 conclusies te trekken omtrent het object van het zekerheidsrecht voor de tijd waarin Scaevola en Paulus leefden, zie de nrs 15 en 16 van zijn artikel. De erfpachter kon een zekerheidsrecht vestigen omdat hij de zaak *in bonis* had, een eis die gold voor het vestigen van een zekerheidsrecht. Hij wijst daarbij op D. 18,5,9 waaruit volgt dat de erfpachter de zaak *in bonis* heeft. Daarmee is niets gezegd over het object van dat zekerheidsrecht.

14 Zie bijvoorbeeld de hierboven weergegeven D. 20,1,31 (*is fundus a possessore pignori datus est*) en D. 13,7,16,2 (*vectigale praedium pignori dat*). Zie ook D. 20,4,15. Dernburg, *Pfandrecht*, p. 220.

15 Windscheid, *Lehrbuch*, §227 noot 3.

16 Vgl. voor de voorbeeldfunctie van de *rei vindicatio* voor de *vindicatio servitutis* bijvoorbeeld Kaser, *Das römische Privatrecht*, p. 446.

17 Voor de erfpachter bijvoorbeeld D. 21,2,66 *pr.* De actie volgt volgens Kaser ‘dem Muster der rei vindicatio’, *Das römische Privatrecht*, p. 455 noot 9.

18 Voor de opstaller bijvoorbeeld D.43,18,1,1 en 3. Kaser, *Das römische Privatrecht*, p. 456 noot 20: een *actio in factum* naar het voorbeeld van de *rei vindicatio*. Wij zagen hiervoor, zie noot 3, dat juist de zakelijke actie die de praetor de erfpachter en de opstaller gaf de weg opende naar het vestigen van zekerheidsrechten door de erfpachter en de opstaller.

instellen die voldeed aan de eisen de golden voor eigendomsverkrijging door *usucapio*,¹⁹ en de actie die hij aan de zekerheidsgerechtigde gaf.²⁰ Ligt het daarmee niet voor de hand dat de verhouding tussen de eigenaar en de zaak dezelfde is als die tussen anderen die een *actio in rem* konden instellen en de zaak die zij daarmee opeisten? Een zakelijke actie is dan de uitdrukking van de directe band tussen degene die de actie instelt en de zaak die hij opeist. Degene die een zakelijke actie in kan stellen, heeft een recht dat op de zaak rust waartoe hij gerechtigd is. De eigenaar bezwaart daarom de zaak als hij erfpacht vestigt. Hetzelfde doet de erfpachter als hij een zekerheidsrecht vestigt.

3 De structuur van het Nederlandse goederenrecht

De hierboven besproken teksten hebben weinig aan belang ingeboet. Er woedt in de Nederlandse rechtsgeleerde literatuur een debat over wat De Jong in zijn proefschrift de structuur van het goederenrecht noemt.²¹ Dit debat doet in veel denken aan het debat dat de pandektisten voerden. De Jong stelt in zijn proefschrift dat een beperkt recht niet het recht van degene die het vestigde als voorwerp heeft, maar de zaak die de beperkt gerechtigde mag gebruiken. Hij noemt zijn opvatting de leer van het gedifferentieerd toebehoren. Zijn opvatting is slecht te rijmen met artikel 3:8 BW dat een beperkt recht definieert als een recht dat is afgeleid uit een meer omvattend recht, hetwelk met het beperkte recht is bezwaard. Daaruit lijkt te volgen dat een beperkt recht rust op het recht van degene die het vestigde. De Jong wijst echter op enkele gevallen waarin de wetgever koos voor de leer van het gedifferentieerd toebehoren. Zo kunnen de erfpachter, de vruchtgebruiker en de opstaller erfdienstbaarheden vestigen op de grond die zij krachtens hun beperkte recht mogen gebruiken.²² De Jong staat deze constructie voor alle beperkte rechten voor. Mollema is in haar proefschrift juist kritisch over de mogelijkheid voor de erfpachter om de zaak met een erfdienstbaarheid te bezwaren. In die constructie ontstaat de mogelijkheid dat de bevoegdheden van wat ik hier gemakshalve het tweede beperkte recht noem de bevoegdheden overtreffen die de eerste beperkt gerechtigde heeft in zijn verhouding met de eigenaar. Dat moet niet mogelijk zijn en dat zoiets niet mogelijk is, wordt duidelijk wanneer het tweede beperkte recht het eerste beperkte recht als voorwerp heeft.²³ Het is precies die vrees die Scaevola, Marcianus en Paulus probeerden weg te nemen. Zij deden dat door erop te wijzen dat de beperkt gerechtigde die een beperkt recht vestigt daardoor geen afbreuk kan doen aan de goederenrechtelijke positie van de eigenaar.

19 Zie D 6,2,7,8. Vgl. verder Kaser, *Das römische Privatrecht*, p. 439 en Zwolve, *Hoofdstukken*, p. 104-105.

20 Vgl. over de voorbeeldfunctie van de *rei vindicatio* voor de *actio Serviana* Kaser, *Das römische Privatrecht*, p. 473.

21 Th.F. de Jong, *De structuur van het goederenrecht*, 2006. Zie verder J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten*, Leiden 2003. Recent A.F. Mollema, *Het beperkte recht*, Leiden 2013.

22 Zie artikel 5:84 BW. Daarnaast koos de wetgever voor deze constructie bij door de erfpachter gevestigde ondererfpacht (art. 5:93 BW), door de opstaller gevestigde onderopstal (art. 5:104 lid 2 io 5:93 BW).

23 Mollema, *Het beperkte recht*, p. 197. Het wordt volgens Mollema ook duidelijk wanneer de wetgever aangeeft dat (zoals in artikel 5:93 BW voor de ondererfpacht wel is geschied) de tweede beperkt gerechtigde niet meer bevoegdheden toekomen dan de eerste beperkt gerechtigde heeft in zijn verhouding met de eigenaar.

Het Nederlandse systeem doet wat tweeslachtig aan.²⁴ In de regel bezwaart een beperkt gerechtigde zijn recht, in sommige gevallen bezwaart hij echter de zaak die hij krachtens zijn beperkte recht mag gebruiken. Wanneer de erfpachter achtereenvolgens een zekerheidsrecht en een erfdienstbaarheid vestigt, blijkt de tweeslachtige structuur van het Nederlandse goederenrecht. De eigendom, het erfpachtrecht en de erfdienstbaarheid rusten op de grond, het zekerheidsrecht rust op het erfpachtrecht.²⁵ Voor wat betreft de erfdienstbaarheid volgt de wetgever de leer van het gedifferentieerd toebehoren (zie de hierboven bij noot 9 en 10 genoemde pandektisten), voor het zekerheidsrecht de stapelingsleer (zie de hierboven noot 8 genoemde pandektisten). De leer van het gedifferentieerd toebehoren doet voor het zekerheidsrecht volgens W. Snijders geen recht aan wat zich werkelijk voordoet. De zekerheidsgerechtigde wil verhaal nemen op het beperkte recht en niet ook op de zaak waarop dat recht rust. Ik vind dit argument niet sterk. Men vervalt al snel in een taalspel. Men kan net zo goed beweren dat de zekerheidsgerechtigde verhaal neemt op de zaak doordat hij het beperkte recht executeert van degene die het zekerheidsrecht vestigde. Door dit soort redeneringen bedrijft men in de woorden van Snijders onnodige hersengymnastiek. Uit de hierboven besproken teksten komt naar voren dat veel pandektisten met zulke gymnastiek geen moeite hadden. Het levert een minder tweeslachtig zakenrecht op. Of dergelijke hersengymnastiek onnodig is, waag ik dan ook te betwijfelen. Zij is in elk geval een tijdloos tijdverdrijf.

J.E. Jansen²⁶

Nijmegen/Amsterdam

24 W. Snijders spreekt van een ‘minder strak systeem waarin rekening kan worden gehouden met de uiteenlopende aard van beperkte rechten.’ Zie zijn ‘Boekbespreking’ van het hierboven genoemde proefschrift van De Jong, in: *WPNR* 2006 (6689), p. 831-836, p. 834. Het voordeel van het minder strakke systeem is dat het recht kan doen aan de aard van het beperkte recht. Een erfdienstbaarheid en meer in het algemeen een beperkt genotsrecht geeft een gebruiksrecht ten aanzien van de grond en rust daarom op de grond. Bij zekerheidsrechten is dat niet het geval. Vgl. in dezelfde zin Sohm, *Subpignus*, p. 35 e.v.

25 Mollema, *Het beperkte recht*, p. 197 wijst erop dat hetzelfde gold onder het oude recht, zie art. 771 OBW.

26 Jelle Jansen is universitair hoofddocent bij de vaksectie Rechtsgeschiedenis van de Radboud Universiteit te Nijmegen en hoogleraar bijzondere aspecten van het privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

